

ROBERTO BRUNELLI

*SICUREZZA DEL LAVORO:
brevi note sulle posizioni di garanzia*

Problemi fondamentali: individuare i soggetti attivi delle contravvenzioni di cui agli artt. 89 e 90 D.lvo 626/94 e segnatamente la figura del datore di lavoro; le posizioni di garanzia, lo spazio riservato alla delega di funzioni.

L'attuale assetto normativo spinge la giurisprudenza ad una pressoché costante affermazione di responsabilità cumulative sia nell'ambito di cerchie di garanti di pari livello (ad es. c.d.a.) sia nell'ambito delle posizioni di garanzia per quote decrescenti (la ben nota struttura piramidale). *“In tema di omicidio colposo da infortuni sul lavoro, se più sono i titolari della posizione di garanzia.....ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.....”* (Cass. 21-10-2005 n. 38810).

Spesso la giurisprudenza utilizza il meccanismo della *“culpa in vigilando”* (ex plurimis la nota Sez. IV 11/7/02) talvolta intesa in senso addirittura personalistico (Sez. IV 1-6-05): *“in materia di prevenzione il datore di lavoro quale responsabile della sicurezza ha l'obbligo non solo di predisporre ma anche di sorvegliare continuamente nelle loro azioni gli eventuali preposti e lavoratori....”*.

Quest'approdo da un lato pone problemi di ordine costituzionale (art. 27 cost.) dall'altro finisce per essere disfunzionale rispetto all'obiettivo *“impresa sicura”*. Nemmeno per un attimo si deve pensare ad una sottovalutazione degli interessi in gioco (integrità e salute dei lavoratori) ma è chiaro che l'imprenditore investe sul *“bene sicurezza”* quando possa fondatamente prevedere che un'adeguata organizzazione (penso alle *“buone prassi”*) possa infine comportare un esonero di responsabilità.

Tema tanto più delicato in quanto, com'è noto, tra i compiti generali di tutela rientra (art. 3 ora 15) quello della riduzione al minimo del rischio (quando non ne sia possibile l'eliminazione) *“in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico”*. Come si è autorevolmente

sottolineato ¹ “l’obiettivo è sfuggente, non è determinabile in modo indipendente dalle misure...sono gli strumenti tecnici disponibili che determinano il minimo cui un dato rischio possa essere ridotto (c.d. “fattibilità tecnologica”)”. Il rapporto tra misura preventiva e rischio non può più essere ricostruito come rapporto *lineare* da mezzo a fine ma è un rapporto *circolare* in cui sono i mezzi a precisare il fine.

Soggetti attivi

Definizione di datore di lavoro.

Si trattava di trovare un punto di equilibrio tra le teoriche cc.dd. “formali” secondo le quali “autore del reato proprio può essere soltanto chi riveste la qualifica extrapenalistica richiamata dalla figura del reato” ed opzioni di tipo funzionale alla stregua delle quali va considerato responsabile chi concretamente svolge le funzioni il cui esercizio è indicato nella norma.

I termini del dibattito sono troppo noti per essere qui riassunti. Sarà sufficiente ricordare che secondo l’impostazione c.d. “civilistica” soltanto l’ancoraggio formale della posizione di garanzia consentirebbe per un verso di non snaturare il principio di tassatività – l’opposta posizione privilegiando il momento fattuale renderebbe incerti i contorni soggettivi del reato proprio – e per l’altro eviterebbe uno scivolamento verso il basso delle responsabilità. La concezione “autonomistica” al contrario sottolinea che soltanto guardando alle funzioni si garantisce un’adeguata tutela del bene protetto mentre la teoria formale finirebbe per delineare “responsabilità per posizione” in violazione del principio di personalità (27 cost.). La concezione per così dire “organica” mira a coniugare la qualifica con le funzioni: quelle di datore di lavoro (dirigente e preposto) non sono nozioni naturalistiche ma vanno tradotte in concreto tenendo conto delle regole interne dell’organizzazione; soggetto attivo del reato è colui che concretamente abbia la possibilità di impedire il cagionarsi dell’evento dannoso; ma la sua individuazione non è possibile senza tener conto delle norme che presiedono alla struttura organizzativa dell’ente.

Secondo l’art. 2 lett. b “datore di lavoro” è innanzi tutto il soggetto titolare del rapporto di lavoro col lavoratore; qui il criterio seguito è quello giuridico-formale ed indubbiamente nelle realtà imprenditoriali

¹ PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Dig. Pen. Agg.*

semplici (impresa individuale) alla figura dell'imprenditore si connettono le relative responsabilità.

Il datore di lavoro è anche il soggetto che "secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione...ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa...".

Si è spesso esaltata a questo riguardo la figura del datore di lavoro "sostanziale".

Ora premesso che "tipo" è un riferimento alle possibili forme societarie (di persona, di capitali, studi professionali cooperative, ecc.) e "organizzazione" alle possibili ramificazioni in unità produttive, a nostro parere l'individuazione del soggetto attivo richiede innanzi tutto una verifica della qualifica soggettiva richiesta dal reato proprio. In sostanza in mancanza di diversa indicazione la responsabilità graverà su tutti coloro che hanno la "rappresentanza" della società e cioè gli amministratori comunque sia strutturato l'organo gestorio Consiglio di Amministrazione, Comitato Esecutivo, Amministratore Delegato; l'esercizio effettivo dei poteri decisionali e di spesa riveste una *funzione selettiva* rispetto alle ascrizioni meramente formali quale criterio per individuare il soggetto apicale ai fini della prevenzione.

Spesso la concentrazione dei poteri avviene non in via di fatto (anche se la giurisprudenza è da sempre attenta al criterio dell'effettività) ma attraverso la delega c.d. "in senso orizzontale" *in cui la ripartizione delle funzioni risulta operata tra soggetti di pari livello*. Il tema è innanzitutto quello della responsabilità dell'organo collegiale. Il c.d.a. (nelle spa, srl) infatti a termini di statuto può nominare uno o più amministratori delegati o un comitato esecutivo (art. 2381 c.c.); ad uno o più membri dell'organo amministrativo possono essere delegate in via esclusiva "le funzioni inerenti all'attuazione delle disposizioni previste dalla 626/94: l'assolvimento delle funzioni in questione richiede naturalmente l'effettivo conferimento di poteri decisionali e di spesa. Quando ciò accade soltanto il "delegato" sarà responsabile ed in lui si individuerà il "datore di lavoro".

In questo senso sia pure con qualche ambiguità Cass. Sez. III 1/4/05 "*In tema di sicurezza e igiene sul lavoro, nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i soggetti effettivamente titolari dei poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda ovvero nel presidente del c.d.a. o amministratore delegato o componente del c.d.a. cui siano state attribuite le relative funzioni*".

Accade nella prassi specie nelle realtà societarie di modeste dimensioni che i soci (se società di persone) o gli amministratori attuino una ripartizione di funzioni meramente interna in modo che alcune competen-

ze vengano attribuite ai singoli per realizzare una divisione del lavoro. Viene in considerazione il fenomeno della c.d. “delega atipica” (priva di efficacia erga omnes). Anche in questo caso l’attribuzione dei poteri “decisionali e di spesa” funge da referente per l’individuazione della figura datoriale. In sintesi non sembra possibile operare decisioni di imputazione prescindendo dalla congiunta presenza dei due requisiti.

Il datore di lavoro così individuato agisce in autonomia. Le responsabilità degli altri soggetti con poteri di rappresentanza potranno casomai concernere profili organizzativi o doveri sostitutivi in caso di conclamata inadempienza del delegato.....

L’avverbio “*comunque*” attualmente presente nella definizione (“e comunque il soggetto che ha la responsabilità...in quanto titolare...”) spinge la dottrina ad elaborare la figura del c.d. datore di lavoro “di fatto” cioè di chi privo di qualifiche formali eserciti tuttavia i poteri corrispondenti (in pratica l’imprenditore occulto o l’amministratore di fatto).

Ad evitare equivoci (della funzione selettiva si è detto) ed in ossequio al principio di effettività può valutarsi la possibilità di concepire accanto alla definizione “formale” una norma analoga all’art. 2639 c.c.: “*Risponde della violazione delle norme antinfortunistiche anche chi non avendo nell’impresa una veste istituzionale formalmente riconosciuta eserciti di fatto e con continuità poteri organizzativi e gestionali e di spesa corrispondenti a quelli dell’amministratore di diritto*”.

Sotto altro profilo: se è vero che l’attuale definizione può comportare una frammentazione della figura datoriale con riguardo alle unità produttive relativamente autonome, resta però discutibile la talvolta affermata esistenza della figura del datore di lavoro c.d. “*delegato*”. Il responsabile dell’unità produttiva ricava dalla legge la qualifica datoriale (appunto dall’art. 2/626) e non certo dall’atto di autonomia privata tanto che esplica in proprio i compiti indelegabili.

Un’avvertenza: verificare che il delegato non sia un mero “parafulmine”, evenienza tanto più plausibile quando si pensi che secondo la giurisprudenza “*la qualifica di amministratore di una società commerciale non è di per sé incompatibile con la condizione di lavoratore subordinato alle dipendenze della stessa società...*” (Sez. Lavoro 24/5/2000 n. 6819).

Dirigente – preposto.

Si avvertiva l’esigenza di riformulare l’art. 4 della 626 in modo che i compiti connessi alla posizione di garanzia fossero meglio definiti e circo-

scritti “*in relazione alle rispettive attribuzioni e competenze del datore di lavoro del dirigente e del preposto*”.

La situazione appariva, ante testo unico, caotica.

Non si comprendeva perché le questioni “*competenza e delega*” fossero affrontate nell’art. 1 (c. 4 bis e ter) anziché nell’art. 4, sede naturale.

L’art. 4 titolava “*obblighi del datore di lavoro, del dirigente e del preposto*” ma dal corpo della norma queste ultime due figure scomparivano.

Gli artt. 89 e 90 (a differenza di ciò che accadeva nell’originaria versione della 626) riferivano pressoché indistintamente le sanzioni alle tre figure della nota struttura piramidale; se ne doveva necessariamente dedurre che tutti (o quasi) i compiti delineati dall’art. 4 gravassero ex lege sui tre obbligati (e infatti la giurisprudenza tende a cumulare le responsabilità anche in senso “verticale”; da ultimo Cass. Sez. VI 8/2/08 n. 6277; Sez. IV 29/10/03 n. 49492).

Con buona pace della definizione di cui all’art. 1 c. 4 bis : “*i datori di lavoro che esercitano...i dirigenti che dirigono...i preposti che sovrintendono...*”.

Con manifesta sovraesposizione della figura del preposto che ad esempio avrebbe dovuto (art. 4 lett. n) “*prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione...*”.

Questa condivisione di compiti inciderebbe anche sulla rilevanza pratica della delega.

L’art. 4 elencava o compiti indelegabili o compiti condivisi.

Sicché la delega, con tutti i problemi dommatici che porta con sé e con gli innumerevoli requisiti che la giurisprudenza richiede, sembrava conservare uno spazio del tutto marginale e cioè o con riguardo ai compiti di cui all’art. 4 c. 7 (la cui inosservanza comportava sanzioni solo a carico del d.d.l.) ovvero se conferita ad un extraneus.

Occorreva quindi ridefinire i compiti del datore di lavoro del dirigente e del preposto in relazione alle rispettive attribuzioni e competenze modulando conformemente l’apparato sanzionatorio.

A questo riguardo l’art. 2 del progetto definisce le figure in questione riprendendo uno schema per così dire classico: il datore di lavoro “*esercita*”, il dirigente “*organizza ed attua le direttive*”, il preposto “*sovrintende agli aspetti esecutivi dell’attività produttiva*”. La ben nota struttura piramidale.

Le definizioni di dirigente e preposto rappresentano il precipitato di un consolidato orientamento giurisprudenziale che peraltro ammonisce

sempre sul rischio dello “scivolamento verso il basso” delle responsabilità quando si valorizzi l’attività in concreto esercitata in ambito aziendale al di fuori di qualifiche (e spesso di retribuzioni) formali.

Il progetto convenientemente distingue i compiti indelegabili del datore di lavoro (art. 17) quelli comuni al dirigente (art. 18) e quelli propri del preposto (art. 19).

Posizione di garanzia.

Per quanto concerne il datore di lavoro la posizione di garanzia è radicata essenzialmente nell’art. 2097 c.c. (oltre che nella costituzione e, naturalmente, nella normativa di settore).

Suscita invece perplessità quell’orientamento giurisprudenziale che fonda la responsabilità degli organi gestori collegiali (in presenza di delega, quale culpa in vigilando) sull’art. 2391 c.c. disposizione palesemente concernente le posizioni di garanzia relative *all’amministrazione dell’impresa* – essenzialmente riconducibili alla tutela del patrimonio sociale – piuttosto che alla *gestione* dell’impresa quale fonte di pericolo. Non per nulla il titolo è “responsabilità verso la società”.

Ma qui occorre ribadire *che anche dirigente e preposto* – nell’ambito delle rispettive attribuzioni e competenze – *sono garanti pro-quota a titolo originario ex lege* e non già delegati del datore di lavoro.

In sostanza l’ambito dei doveri derivante dall’essere “dirigente” o “preposto” è determinato direttamente dalla legge; l’atto di attribuzione di un dato incarico determina il settore nel quale l’incaricato è reso responsabile e i poteri a lui attribuiti, ma i doveri che da ciò conseguono, entro il settore di competenza, “sono doveri di carattere eminentemente pubblico finalizzati a tutela di interessi di terzi il cui contenuto è determinato dalla legge e non dall’autonomia privata. Un fondamento legale e non negoziale determina dunque le posizioni di garanzia anche dei dirigenti e dei preposti².”

Sul punto lucidamente Cass. Sez. IV 31/3/2006 n. 11351 “*i collaboratori del datore di lavoro sono al pari di quest’ultimo da considerare per il fatto stesso di essere inquadrati come dirigenti e preposti e, nell’ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, destinatari iure proprio dell’osser-*

² PULITANÒ, *cit.* p. 109.

vanza dei precetti infortunistici indipendentemente dal conferimento di una delega ad hoc”.

A parte i fondamentali obblighi indelegabili gli altri compiti delineati dall'art. 18 gravano sul datore di lavoro quanto agli interventi strutturali (gli investimenti) riconducibili essenzialmente alle misure generali di tutela e sul dirigente quanto a quelli attuativi ed organizzativi.

L'apparato sanzionatorio dovrà necessariamente essere calibrato sulle competenze di ciascuno e secondo i criteri della legge delega.

Si sarebbe potuto riflettere sull'opportunità di indicare nel corpo di ogni disposizione obbligo e sanzione senza ricorrere a norme cumulative (quali gli attuali artt. 89 e 90) che rendono difficilmente percepibile il senso dell'intervento penale.

Delega di funzioni.

Noti i dibattiti sul punto; noto il decalogo elaborato dalla giurisprudenza.

Qui preme ribadire che l'istituto de quo non è finalizzato alla ripartizione delle competenze nell'ambito dell'impresa che avviene (da parte del datore di lavoro) attraverso la predisposizione dell'organigramma aziendale, la nomina dei collaboratori la distribuzione dei ruoli secondo la scala gerarchica; con questo strumento il datore di lavoro “*crea*” una *posizione di garanzia che si pone al suo medesimo livello*. Ne scaturisce una quadro complesso (come è l'organizzazione dell'impresa) nel quale si delineano innanzi tutto *responsabilità originarie secondo competenza* in secondo luogo attraverso la delega (questa intesa “*in senso verticale*”) il datore di lavoro può *incrementare le funzioni del dirigente* trasferendogli i suoi obblighi primari (ad es. adozione e aggiornamento delle misure, eliminazione o riduzione dei rischi, sostituzione di fattori pericolosi, fornitura dei dispositivi di protezione individuale, installazione delle attrezzature, (v. Marando “Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro” Giuffrè 2006) in pratica tutti tranne quelli che per legge (art. 16) deve assolvere in proprio.

Novità rilevante: l'istituto è stato finalmente disciplinato all'art. 16; pare essenzialmente incentrato sulla capacità tecnica e sui poteri di spesa.

Gli effetti potrebbero essere governati dal principio di affidamento.

Con la delega si trasferisce il controllo su determinati aspetti della

realtà aziendale: ipotizzare un “*controllo (obbligo di vigilanza) sul controllo*” vanifica la portata della delega.

Il garante originario può legittimamente confidare che i delegati osservino i parametri di diligenza richiesti dall’esercizio delle funzioni ad essi attribuite.

Gli obblighi di controllo esplicitati al comma 3 (la c.d. “*culpa in vigilando*”) – da realizzarsi attraverso adeguati modelli organizzativi – dovrebbero avere per oggetto “*l’adozione*” piuttosto che il “*merito*” dei presidi antinfortunistici.

Insomma la responsabilità del garante dovrebbe circoscriversi ad eventi che derivino da deficienze strutturali (e non occasionali) del sistema.

La responsabilità del delegante potrebbe altresì configurarsi in caso di specifiche richieste di intervento (inevase) da parte del delegato.